
Inconvenientes en la tipificación e investigación del delito de pornografía infantil (Artículo 128 del Código Penal Argentino)

Inconveniences in the typification and investigation of the crime of child pornography (Art. 128 of the Argentine Criminal Code)

Inconveniências na tipificação e investigação no crime de pornografia infantil (art. 128 do Código Penal Argentino)

Difficultés dans la caractérisation et dans l'investigation dans le délit de pornographie mettant en scène des enfants (article 128 du Code Pénal Argentin)

儿童色情制品打字和调查的缺点(阿根廷刑法第128条)

Pablo Gastón González¹ | Universidad Nacional
de La Plata

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 299-316

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e308>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3582-5814>

Recibido: 17/06/2019

Aprobado: 19/07/2019

Resumen: El tipo penal de pornografía infantil (art. 128 C.P.), los alcances de la interpretación del mismo a la luz de las nuevas tecnologías, considerando las posibilidades de subsumir en dicho tipo acciones por demás diversas e inagotables, debido a la acelerada renovación tecnológica en

¹ Graduado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P. ; Auxiliar Docente de la Cátedra 1 de Derecho Penal 2 (Parte Especial) de la misma Casa de Estudio; Auxiliar Letrado de la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.

contraposición al avance de la normativa que debe regularla, siempre en el marco del respeto a la Carta Magna y a los principios rectores del Derecho Penal.

Palabras claves: Pornografía infantil - Tecnología - Tipo Penal – Interpretación

Abstract: The criminal type of child pornography (article 128 CP), its interpretation related to the new technologies, considering the possibilities of subsuming in that type several and inexhaustible actions, because of the accelerated technological renovation in opposition to the progress of the regulation, always respecting the Magna Carta and the guiding principles of Criminal Law.

Keywords: Child pornography – Technology- Criminal Type- Interpretation

Resumo: O tipo penal de pornografia infantil (art. 128 CP), o escopo da interpretação do mesmo à luz das novas tecnologias, considerando as possibilidades de subsumir nesse tipo ações muito diversas e inesgotáveis, devido à acelerada renovação tecnológica em oposição ao avanço dos regulamentos que devem regulamentá-lo, sempre no âmbito do respeito à Carta Magna e aos princípios orientadores do Direito Penal.

Palavras-chave: Pornografia Infantil - Tecnologia - Tipo Criminal – Interpretação.

Résumé: La catégorie pénale de pornographie enfantine (art. 128 CP), les limites de son interprétation à la lumière des nouvelles technologies, compte tenu des possibilités de rassembler sous cette dénomination les actions menées par d'autres, diverses et inépuisables, en raison du renouveau technologique accéléré en rapport aux progrès de la réglementation qui doit la contrôler, toujours dans le respect des principes de la Magna Carta et des principes directeurs du Droit Pénal.

Mot-clés: pornographie enfantine - technologie - type criminel - interprétation

摘要: 犯罪类型的儿童色情制品(第128条CP), 根据新技术对其进行解释的范围, 考虑到由于加速的技术更新, 其他人可以将这种类型的行动归咎于其他多样化和取之不尽用之不竭的行为。与必须对其进行管理的法规的推进相反, 始终在尊重“大宪章”和“刑法”指导原则的框架内。

关键字: 儿童色情, 技术, 刑事类型, 解释

I. Introducción

Este trabajo tiene como objeto analizar las actuales problemáticas que posee la tipificación del artículo 128 del Código Penal, con relación a los principios y pilares del Derecho Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, junto a su razonabilidad al momento de su aplicación.

También abordaré los inconvenientes que se presentan tanto en su tipificación, como los que acontecen durante las investigaciones de este delito, atento a los consecuentes avances informáticos y las nuevas tecnologías que se desarrollan día a día.

Sumado a ello, es una temática poco abordada por la doctrina nacional, y un tema sin tanto compromiso por parte del legislador, ya que hoy en día aún se encuentra pendiente de trato en la Cámara Alta Nacional de la “Convención de Budapest”, lo cual recibirá un mayor análisis luego.

Todo ello ligado a lo que representa para la sociedad en común estos actos que involucran a menores, con la respectiva carga moral.

II. Fundamentos del actual artículo 128 del Código Penal

Como lo desarrolla el doctor Marcos Salt², “[a] nadie escapa la enorme influencia que ha alcanzado la informática en la vida diaria de las personas y la importancia que tiene su progreso para el desarrollo de un país”, y continúa “[j]unto al avance de la tecnología informática y su influencia en casi todas las áreas de la vida social, ha surgido una serie de comportamientos disvaliosos antes impensables y en algunos casos de difícil tipificación en las normas penales tradicionales sin recurrir a aplicaciones analógicas prohibidas por el principio de legalidad”, de aquí y con dicho precedente en la historia, surgen los denominados delitos informáticos, que son una nueva forma

² SALT, Marcos G.: *Informática y delito*; Revista jurídica del Centro de Estudiantes; Buenos Aires, septiembre 1997, pág. 6.

delictiva, totalmente desconocida para la sociedad, y dentro de ellos, el que se va a abordar en este trabajo, la pornografía infantil, que fuera legislado por nuestro Estado en el actual artículo 128 del código de fondo.

Según surge del dictamen de las comisiones de comunicaciones e informática y de legislación penal de la Cámara de Diputados de la Nación respecto al proyecto de ley (expediente n° 5864-D-2006; actual ley 26388), donde se fundamenta que “es evidente la enorme influencia que ha alcanzado la informática en la vida diaria de las personas y organizaciones, y la importancia que tiene su progreso para el desarrollo de un país. Sin embargo, junto al avance de la tecnología informativa ha surgido una serie de comportamiento ilícitos llamados genéricamente delitos informáticos” [...] “El vacío legal existente en nuestro derecho y el consecuente marco de inseguridad jurídica que ello generaba, nos condujeron a evaluar la necesidad de crear una legislación que proteja jurídicamente la integridad y disponibilidad de la información”.

Tal decisión se vislumbra en otras legislaciones comparadas “considerando necesario mencionar, que en la actualidad europea se impuso mayoritariamente la reforma de los textos legales (impulsada por el Consejo de Europa), de modo de contemplar la protección penal de los datos y sistemas informáticos. Esta tendencia también se advierte en la legislación penal americana y latinoamericana”.

En este proyecto de ley se prevé la inclusión de la “Pornografía Infantil” como uno de los delitos informáticos posibles. Se argumenta su incorporación en atención a la realidad social actual, como en vista de las nuevas normativas internacionales.

Se establece que “la pornografía infantil no es un hecho nuevo, en tanto realidad social, el desarrollo de la tecnología ha permitido un aumento de la problemática”, sumado a lo estipulado en diversos instrumentos internacionales, los cuales el Estado Argentino ha incorporado a su propia legislación interna, como la Convención sobre los Derechos del Niño (RA Ley 23849), junto a su Protocolo Facultativo relativo a la Venta

de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía (RA Ley 25763) y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (RA Ley 25179).

En este Protocolo, se argumenta en su dictamen, haciendo referencia al Preámbulo de dicho Instrumento, “la profunda preocupación por la práctica difundida y continuada del turismo sexual, a la que los niños son especialmente vulnerables, ya que fomenta directamente la venta de niños, su utilización en la pornografía y su prostitución” sumado a “la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en la Internet y otros medios tecnológicos modernos y recordando la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en la Internet (Viena 1999) y, en particular sus conclusiones, en las que se pide la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, hacen imprescindibles un tratamiento específico por parte de los Estados”.

Con dichos fundamentos, las diversas Comisiones encontraron en este proyecto una adecuación de nuestra legislación interna a los estándares internacionales y a las situaciones que se daban en el territorio Argentino.

Pero en nada soluciona otras problemáticas que siguen subsistiendo y que a lo largo del presente trabajo desarrollaré.

III. El artículo 128 del Código Penal y sus tipos penales

La Ley 26388 sustituye completamente el artículo 128 del Código Penal, contemplando varios tipos penales dentro suyo, individualizados en sus tres párrafos, comprendiendo varias acciones y abarcando diversos medios comisivos, incluyendo a los que nos llevan a la problemática que vengo a desarrollar, como lo son las nuevas tecnologías.

Artículo 128: “Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor

de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años”.

Como lo refieren Martin Carranza Torres, Macarena Pereyra Rozas y Horacio Bruera, con esta descripción en la cual se ha optado por la palabra “representación”, queda comprendida cualquier imagen simulada en la que se tenga como objeto a un menor de 18 años de edad, dedicado a actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales.

Con las posibilidades que brindan los actuales dispositivos tecnológicos, los que permiten manipular cualquier imagen sin contenido sexual alguno en la cual participan menores de edad, y convertirla en representaciones gráficas con significado sexual. También se pueden editar imágenes donde participan personas mayores de 18 años de edad, y de todas maneras utilizando estas tecnologías, se puede hacer creer a quienes accedan de alguna u otra forma a dichas imágenes, que se han utilizado menores.

¿Qué ocurre si no podemos dar con el supuesto menor agraviado en estas representaciones?, ¿debemos considerar configurado

dicho tipo penal?. Si no estamos ante un sujeto pasivo al cual se lo ha “violentado” de alguna de las formas descriptas en este artículo 128, ¿se puede decir que existe delito al cual se deba penar?.

¿Cuál es el bien jurídico protegido?, ¿se intenta proteger a la comunidad de niños?. Aquí el sujeto que se quiere proteger es el propio menor, no a todos en su generalidad, como en la mayoría de los delitos de este código penal. Es a la víctima a quien se le da tutela al respecto, ya que no podemos defender la idea de que con “encarcelar” a un distribuidor –por ejemplo-, se está protegiendo a todos los menores del mundo, ya que dicha lógica puede habilitar la persecución del simple consumidor, con el argumento de que “eliminando a éste, no hay más comercio”.

De la redacción del artículo en cuestión, podemos ver que el legislador intentó abarcar todas las variables posibles de cómo perpetrar dicho “injusto”, en pos de la protección de niños y adolescentes. Pero de todas formas, considero que no es la mejor forma de legislar, ya que deja términos imprecisos que cercenan el principio de legalidad, como por ejemplo al establecer “por cualquier medio”, volviendo a caer en el error del tercer párrafo del anterior artículo 119 del mismo código, cuando establecía “por cualquier vía”. Pienso que, de esta manera, la actual redacción del art. 128 del C.P. , intenta incluir dentro de dicho tipo a todos los medios tecnológicos que nos podamos imaginar y que en el futuro surjan, ya que la tecnología avanza de una forma tan acelerada que es cuestión de semanas o meses para estar ante una nueva forma de comunicación (siempre y cuando consideremos que “medio” se encuentra ligado a comunicación, que a mi parecer, es lo más lógico).

Ahora bien, ¿por qué se eligió como edad de protección al menor de 18 años? Teniendo en cuenta que la realidad social actual demuestra que el conservadurismo que poseen parte de los legisladores argentinos está perdiendo terreno, ya no tiene la misma aceptación la ideología conservadora que predominaba en Argentina cuando se sancionó el Código Penal -1921- que a la actualidad.

Hoy en día el tabú sobre el sexo, y el miedo de hablar sobre el tema se está perdiendo, es la “juventud” la que toma la posta y permite que sea un tema de conversación constante. Con ello quiero llegar a que la realidad social demuestra que, cada vez de una manera más precoz, los chicos se inician sexualmente, y que junto a la explosión y constante avance de las denominadas “redes sociales” se ha provocado la adopción, como cotidiano, del “publicar” o “divulgar” todo lo que uno hace diariamente, hasta cada relación sexual coital.

Suele suceder que los jóvenes se filman y se sacan fotos que, en muchos de los casos, comparten por la red social “Whatsapp” u otras similares. Analizar el porqué de ello, considero que merece mucha más profundidad desde la sociología y psicología.

Pero la problemática aquí, es saber qué pasa en estos casos, donde son los mismos individuos los que comienzan divulgando su propia intimidad, a través de material pornográfico –ya sea videos o fotografías-. Desde aquí surge el punto de partida a un abanico de posibilidades, con dificultades en su análisis, debiendo considerar las edades de los individuos, ya que no es lo mismo si éstos tienen 15 años, o 17; o si uno tiene 17 y el otro 18 años.

En este punto, puede ocurrir que, por ejemplo, una chica de 16 años se filme, ella misma, desnuda y masturbándose. Luego, que dicho video se lo envíe a su novio de 15 años o menos, quien a su vez se lo muestre a su grupo de amigos de igual edad, hasta que se haga “viral” en las redes sociales (como ha ocurrido).

¿Quién es el responsable penal aquí? Según nuestra ley penal, todo aquel mayor de 16 años, y con ello, la misma chica ¿es responsable? Su novio a simple vista no, y sus amigos de la misma edad que lo hicieron viral, tampoco. Todos estos interrogantes y problemas surgen hoy en día, y mientras más avancen y se expandan las tecnologías, mayores serán los problemas a afrontar. Antes, acceder a una cámara y tener que “revelar las fotografías” reducía las posibilidades, pero hoy en día, casi

todos tienen una cámara en sus manos, y no es difícil que en cuestión de minutos se vuelva mundialmente conocido el material. Asimismo se presentan los problemas de la franja etaria que trabajé anteriormente, donde no puede el tipo penal del artículo 128 aplicarse sin más, existiendo los interrogantes que ya he planteado.

Por su parte, el derecho penal no debe dar protección, sino que debe actuar cuando las herramientas de protección no funcionaron, y se debe punir a los responsables de dicha transgresión.

Sumado a ello, el actual artículo 128 fue nuevamente modificado recientemente y se ha tomado la decisión de penar la simple tenencia para consumo personal de dicho material con connotación sexual (ley 27.438 B.O. 23/4/2018), esto a mí criterio violatorio del principio de reserva que ostenta nuestro artículo 19 de la Constitución Nacional, pero ello viene en consonancia para con la Comunidad Internacional que considera que dicha acción es y debe ser punible, ya que –como se refiere en la “Guía para los Países en Desarrollo de la UIT”- la sola posesión “de este tipo de material podría fomentar el abuso sexual de menores”. Estableciendo en realidad un estado de futurología en el cual concretamente se pena con el objeto de prevenir, ya que la materia en debate es moral y socialmente reprochable.

Esto ha logrado que diversos autores se planteen “extender el concepto de “pornografía infantil” hasta estadios previos alejados de la libertad sexual y próxima a concepciones “moralistas” sobre las tendencias sexuales, criminalizando el consumo personal de pseudopornografía o pornografía pseudoinfantil, o bien ampliando el número de operadores a los que atribuir responsabilidad penal por su aportación directa o indirecta al hecho”.

Sentado ello, y atento al contenido del último párrafo de dicho artículo 128, encontramos la tipificación del delito de “suministrar material pornográfico a menores de 14 años”; como lo trabaja el doctor Marcelo Riquert, aquí se pena a quienes crean y mantengan el sitio web que “suministra” dicho material,

todo ello, por no dar las seguridades necesarias, a través de filtros que impedirían el acceso de estos menores de 14 años al material pornográfico que proporciona su sitio web.

Aquí se me generan diversos interrogantes, respecto de si los “titulares” de las páginas web son 100% responsables de este acceso que los menores realizan a su sitio, ya que los filtros que se puedan proporcionar desde éstos, pueden ser sobrepasados por quien navegue por la web. Así nos encontramos tras una computadora donde no se requiere un documento de identidad para ingresar, ni se ve quién está frente al monitor (todo ello para dar certeza en la edad de “cibernauta”), lo que nos lleva a una dificultad bastante seria, como es suponer, en todos los casos, que la responsabilidad es 100% de los proveedores de dicho contenido.

Esta responsabilidad creo que resulta ser en conjunto con los progenitores y/o tutores de los menores que acceden fácilmente a una computada con acceso a internet. Los filtros deben también encontrarse en el ordenador utilizado desde la casa del “menor”; son sus guardadores los que deben brindar la protección que tengan a su alcance con el objeto de que sus hijos, sobrinos, nietos, etc. no accedan a material pornográfico –entre otros-.

Por ello, que se establezca un tipo penal que continúe atribuyendo plena responsabilidad (con su consecuente pena) a quienes pudieron haber realizado todo lo que tenían a su alcance, pero que de todas formas sus seguridades fueron sobrepasadas, me parece absurdo.

Ampliar de formas indiscriminadas el actuar del derecho penal, sobre casos en las cuales se debió evitar desde otros estratos, como lo es la familia, como es el control que debe hacerse sobre el uso de una computadora y en especial de internet, por parte de quien tiene la guarda sobre el o los menores, es el camino que debe comenzar a transitarse.

El Derecho Penal no es la “herramienta” que va a dar respuestas y soluciones a todo lo que nos resulte injusto, feo y reprochable, ya que existen muchas otras alternativas antes de llegar a la sanción penal.

IV. Normativa internacional al respecto

Como se ha mencionado previamente, diversos Instrumentos Internacionales han receptado la presente problemática que se va originando con los constantes avances tecnológicos, provocando inconvenientes a la hora de su investigación y en la correcta tipificación del delito, ya que la realización de estas acciones cobra una dimensión internacional, superándose tanto las fronteras de este país, como las de cualquier otro.

El artículo 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, con el fin de encontrar una definición uniforme y global de esta situación que se presenta en todo el mundo, define a la Pornografía Infantil como “toda representación por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

A todo ello, debo mencionar el artículo 9 de la Convención de Budapest referente a la temática en trato:

“Artículo 9 – Delitos relacionados con la pornografía infantil

1. Cada Parte adaptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos:

- a. la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático;
- b. la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- c. la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- d. la adquisición, para uno mismo o para otros, de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento de datos informáticos.

2. A los efectos del párrafo 1 anterior, se entenderá por “pornografía infantil” todo material pornográfico que contenga la representación visual de:

- a. un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
- b. una persona que parezca un menor adaptando un comportamiento sexualmente explícito;
- c. imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

3. A los efectos del párrafo 2 anterior, se entenderá por “menor” toda persona menor de 18 años. Las Partes podrán, no obstante, exigir un límite de edad inferior, que deberá ser como mínimo de 16 años.

4. Las Partes podrán reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, los apartados d) y e) del párrafo 1 y los apartados b) y c) del párrafo 2”.

Este modelo impuesto por la Convención de Budapest, fue copiado por otras legislaciones, como el Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños y la Ley Modelo de la Commonwealth, -según surge de la “Guía para los Países en Desarrollo de la UIT”-. Dichos textos son similares, lo que refleja cómo se busca la uniformidad de la legislación con relación a esta temática (entre otras, en las cuales interviene la utilización de las nuevas tecnologías).

Esta Convención posee también normativa destinada a la conservación de datos informáticos y cooperación internacional, que dan pautas básicas y necesarias, con el fin de expandir al mundo completo una preocupación, en situaciones como estas, donde comúnmente se traspasan las fronteras políticas de los Estados para perpetrar las acciones previamente tipificadas.

En la definición que nos da la Convención de Budapest, se emplean términos que dificultan su aplicación, como por ejemplo, no sólo lo ya abordado respecto a criminalizar la simple tenencia, sino perseguir toda representación en la cual el sujeto “parece” un menor, pero que en realidad no lo es, aplicando analogía,

con la incertidumbre jurídica que esto acarrea, y dentro de una rama del derecho que resulta ser la más coactiva.

También en el Protocolo Facultativo poseemos inconvenientes como el de identificar como pornografía infantil a toda actividad sexual explícita, ya sean estas “reales o simuladas”, ya no importa si en la simulación hay un perjuicio, si existen dudas se presume que sí, con ello se prefiere dejar de lado toda discusión respecto a si es necesario que haya concretamente un disvalor al normal desarrollo sexual del niño –en general-.

Con todo lo abordado, se ve la importancia que representa esta temática para la Comunidad Internacional, con el objeto de evitar dejar fuera de toda tutela, cualquier intento o real y concreto menoscabo del niño, niña o adolescente, pero todo ello no debe dejar de lado los principios básicos y elementales del Derecho Penal, y las definiciones que se van a utilizar en la tipificación de las conductas disvaliosas a punir.

V. Las nuevas tecnologías utilizadas

El desarrollo de las comunicaciones y la nueva digitalización de la tecnología, lleva a generar preocupación en diversos Estados, porque ello crea el riesgo de que eventualmente se las pueda utilizar con fines ilícitos, existiendo una tensión entre la seguridad y la privacidad, que plantea la urgente necesidad de dar una respuesta, a través de un marco legal que pueda dar equilibrio sin violentar la libertad expresión, el secreto y la privacidad proporcionada por las distintas vías de comunicación.

En la “Guía para los Países en Desarrollo de la UIT” se hace referencia a que “la internet se está convirtiendo en el principal instrumento para el comercio e intercambio de material con pornografía infantil. Las principales razones de este desarrollo son la velocidad y eficacia de Internet para la transferencia de ficheros, los reducidos costes de producción y distribución y la sensación de anonimato. Las fotos que se publican en una página web son accesibles por millones de usuarios del mundo,

que pueden descargarlas. Una de las razones más importantes del ‘éxito’ de las páginas web que contienen pornografía, incluida la infantil, es que el usuario de Internet se siente menos observado desde su casa mientras descarga material de Internet. A no ser que los usuarios recurran a mecanismos para la comunicación anónima, la impresión de que no deja rastros es falsa. Lo que sucede es sencillamente que la mayoría de los usuarios desconocen las huellas electrónicas que dejan cuando navegan por Internet”.

Esta es la realidad que hoy en día atraviesan los Estados a nivel de sus tres poderes, con el fin de “luchar contra el cibercrimen”. Desde el Poder Legislativo, del cual emana la actual legislación vigente y la futura, que vendrá a resolver las problemáticas que generen los avances tecnológicos con el actual derecho en uso; el Poder Ejecutivo haciendo respetar dicho derecho, que muchas veces genera confusión a los mismos operadores; y el Poder Judicial, que debe “navegar” en estas aguas poco conocidas y por demás conflictivas.

Día a día la tecnología avanza, se necesitan –en muchos casos- horas para que un nuevo software nazca y supere a su predecesor, o que los mismos hardware sean modificados y lanzados mundialmente a la venta, a los cuales puede acceder cualquier consumidor en cualquier punto de este planeta. Esto es lo que ha generado la globalización con las nuevas formas de telecomunicación, un mundo hiperconectado, donde distancias inalcanzables hace más de 50 años, hoy se hacen posible con un solo “click”.

Las fronteras estatales virtualmente ya no existen -me tomo el atrevimiento de decir-, ya que en este momento desde mi casa en la Ciudad de La Plata (Provincia de Buenos Aires, República Argentina), puedo disfrutar de un recital en vivo de The Rollings Stones en Tokio –Japón-, sin la molestia de tomar un vuelo y viajar por más de 15 horas hasta dicho destino, con la ventaja de no tener que utilizar mi pasaporte, ni lidiar con las autoridades aeroportuarias de Japón.

Este mundo hiperconectado en el cual nos toca vivir, genera en el derecho más interrogantes que respuestas.

Nuestro derecho vigente, hoy en día se encuentra intentando adaptarse a las actuales tecnologías que comúnmente se utilizan en este suelo, pero son estas mismas tecnologías las que en este preciso momento -en otro punto de este mundo- son consideradas “obsoletas”, mientras aquí seguimos hablando de la transmisión de datos por “Bluetooth”, en otros lugares del planeta, van un paso más adelante y se refieren a la transmisión de datos por “AirDrop”, o por frecuencias alternas en el aire -entre otras posibilidades-.

Estas nuevas tecnologías que se van desarrollando actualmente, les da a sus usuarios, cada vez mayores posibilidades de realización de lo que a estos se les ocurra, casi sin límites. Tal es el caso, que hoy se pueden llevar a cabo rodajes de películas, sin inconvenientes, si alguno de los actores principales llegara a fallecer, como ha sido el caso de dos películas taquilleras de Hollywood, “The Hunger Games: Mockingjay – part 1”, y “Fast & Furious 7”, donde a través de diversos software y hardware se recrea la idéntica imagen de sus protagonistas.

Tal situación que parece una ayuda, puede traernos problemas: qué pasaría si en una video filmación con contenido pornográfico, se recreara la imagen de un menor de edad realizando actos sexuales, siendo esta una de las muchas otras problemáticas que traen las nuevas tecnologías a este mundo.

Asimismo estas nuevas tecnologías poseen ventajas para las investigaciones jurisdiccionales que se susciten, dándole las herramientas necesarias a las fuerzas de investigación que se encuentran a cargo de brindar a los operadores judiciales la información y elementos necesarios para llevar adelante el respectivo proceso penal.

Existen dispositivos que permiten una mayor seguridad a las partes que intervengan en las pericias que se lleguen a desarrollar tanto sobre computadoras, celulares, video filmaciones, fotografías y audios, entre otros.

El poder “secuestrar” un Smartphone de las manos de su titular, y ponerlo en bolsas especialmente fabricadas para bloquear toda señal que pueda recibir el dispositivo, para evitar su manipulación durante la cadena de custodia, y hasta su posterior pericia (en la cual, con la ayuda de un software se puede copiar exactamente todo su contenido –hasta aquel que haya sido borrado de la memoria del mismo–, sin alteración alguna sobre esta prueba), son desafíos por los que se transita hoy en día, aquí donde vivimos, y gracias a estas nuevas tecnologías. De tal forma, se puede llegar a resolver una investigación, sin poner en jaque tal evidencia, en muchos casos, necesaria para la investigación y con el debido respeto de las garantías constitucionales y convencionales.

Otro de los desafíos actuales, es la Cooperación entre Estados en momentos de la investigación donde se necesita información sobre usuarios de diversas cuentas y/o redes sociales (Facebook, Twitter, Hotmail, Yahoo, Gmail, etc.) que poseen sus oficinas en el exterior, y que se encuentran bajo la órbita de otro ordenamiento jurídico con diferentes procedimientos internos. Ello es lo que ocurre actualmente con los Estados Unidos de América, donde se encuentran la casi totalidad de estas oficinas, debiendo exhortarlas para requerirles la información necesaria y, en muchos casos, urgente. Pero de todas formas hay que atarse a los tiempos burocráticos que ello demanda, existiendo incluso la posibilidad de que no respondan, atento a que sus “políticas” no lo permiten, o bien el ordenamiento que los regula les da la posibilidad de omitir dicha colaboración, con la finalidad –a mi criterio– de demostrar poderío por sobre el solicitante.

Por todo ello es de vital importancia una legislación uniforme que permita dar regulación a la cooperación internacional, sin que los Estados consideren que se ve amedrentada o disminuida su “soberanía”, preponderando el resguardo de diversos bienes jurídicos, como aquellos que he desarrollado a lo largo de este trabajo: los menores y su normal desarrollo sexual.

VI. Conclusión

Como he anticipado a lo largo del presente trabajo, nuestra legislación aún no se encuentra preparada para la realidad que atraviesa nuestro mundo –del cual el Estado Argentino necesariamente es parte- en virtud de las nuevas tecnologías existentes, y de los avances tecnológicos por venir –mañana, pasado, o dentro de unos meses-.

Los operadores técnicos del derecho y demás agentes en relación directa o indirecta con esas cuestiones –y/o problemáticas-, se encuentran en un “limbo” en el cual es difícil dar respuestas, aplicando el derecho vigente, que permitan satisfacer las situaciones de casos reales que se les presentan a diario (denuncias de estafas informáticas, pornografía infantil, etc.)

Debemos tomar –o mejor dicho, los legisladores nacionales deben tomar- como norte, el tratamiento de estas cuestiones en su agenda, con el fin de darle un estudio serio y comprometido a la “Convención sobre la Ciberdelincuencia” (Budapest 23.XI.2001), como instrumento internacional rector de la presente temática y demás problemáticas en dicho campo.

El mundo tan hipervinculado en el que vivimos, que nos da la sensación de vivir todos tan cerca, como en una pequeña aldea –una aldea global-, nos afronta diariamente a nuevas situaciones, en las cuales es complicado que el derecho acompañe a la par. No obstante, creo yo que sí es posible delinear un marco o parámetros de trabajo que eviten las dificultades que hoy en día existen en este campo de estudio.

Como fue el objeto de este trabajo, el menor de edad es un sujeto al que se lo debe resguardar de situaciones a las cuales no está preparado por su inmadurez, y que pueden lograr condicionarlo para el resto de su vida, ya que los primeros momentos de vida son los que van formando la psiquis de éste.

Igual dicha protección debe encontrarse dentro del marco que nos da la Constitución, junto a los diversos Instrumentos Internacionales incorporados a la misma, con el objeto de no

violentar garantías importantes, como el principio de legalidad, bajo el pretexto de querer proteger a todos los menores del mundo.

VII. Bibliografía

- FARRÉS, Pablo (2008). La reforma de la ley 26388 al Código Penal. Los nuevos delitos informáticos; Jurisprudencia Argentina, Fascículo 2.
- CARRANZAS TORRES, Martín; PEREYRA ROZAS, Macarena y BRUERA, Horacio (2008). La Ley de Delitos Informáticos 26388; Jurisprudencia Argentina, Fascículo 7.
- PALAZZI, Pablo A. (2006): Breve comentario a los proyectos legislativos sobre delitos informáticos; Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 8.
- RIQUERT, Marcelo Alfredo (2008) Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial; Tomo 4 (Artículos 97/133 Parte Especial); David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni; Hammurabi.
- (2009): Delincuencia informática en Argentina y el Mercosur; Copyright Editora AR S.A., Buenos Aires.
- SALT, Marcos G. (1997). Informática y delito; Revista jurídica del Centro de Estudiantes; Buenos Aires, septiembre.
- Antecedentes Parlamentarios (2006). Dictamen de las comisiones de Comunicaciones e informática y de Legislación Penal de la Cámara de Diputados al proyecto de ley sobre Código Penal, delitos contra la integridad sexual y la privacidad; La Ley, Tomo 2006-B.
- Unión Internacional de Telecomunicaciones (2009). El Ciberdelito: Guía para los Países en Desarrollo; Proyecto de abril de 2009.